



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Paula de Thuin Vidigal Oliveira

**ANÁLISE CRÍTICA DO ENUNCIADO 381 DA SÚMULA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília

2016

Paula de Thuin Vidigal Oliveira

Análise crítica do enunciado 381 da Súmula do STJ

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCeub) como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Roscoé Bessa,
Dr.

Brasília

2016

Paula de Thuin Vidigal Oliveira

Análise crítica do enunciado 381 da Súmula do STJ

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCeub) como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor
Leonardo Roscoé Bessa.

Brasília, 15 de abril de 2016.

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar o enunciado 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça elaborado em março de 2009, que veda a possibilidade de revisão de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. O referido enunciado de Súmula atinge os contratos bancários sob a égide de proteção do Código de Defesa do Consumidor. Este, por sua vez, é um microssistema que instaurou uma série de conceitos, princípios e direitos com intuito de proteger o consumidor. Tal proteção é garantia constitucional prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Para a realização deste estudo monográfico foi utilizada a pesquisa bibliográfica, analisando-se legislação, doutrina, artigos e jurisprudência referentes ao tema.

Palavras-chave: Cláusulas abusivas. Contratos bancários. Enunciado 381 da Súmula do STJ.

ABSTRACT

This course conclusion work intends to analyze the statement 381 of the Superior Court Precedent established in March 2009, which precludes the possibility of trade review of unfair terms in banking contracts. That statement of Precedent reaches bank contracts under the umbrella protection of the Consumer Protection Code. This, in turn, is a microsystem that established a series of concepts, principles and rights in order to protect the consumer. Such protection is constitutional guarantee provided for in Article 5 of the Federal Constitution. To carry out this monographic study used the literature, analyzing legislation, doctrine, articles and jurisprudence on the topic.

Keywords: Unfair terms. Bank contracts. Precedent 381 of the STJ.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	10
2.1 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À RELAÇÃO DE CONSUMO.....	11
2.2 DIREITOS BÁSICOS DE UMA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	14
2.3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.....	15
2.4 CONSUMIDOR.....	16
2.4.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR	16
2.4.2 A FIGURA DO DESTINATÁRIO FINAL.....	18
2.5 FORNECEDOR.....	20
2.6 PRODUTO E SERVIÇO.....	21
3 INSTITUIÇÃO BANCÁRIA COMO FORNECEDORA DE PRODUTOS E SERVIÇOS E CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS.....	22
3.1 INSTITUIÇÃO BANCÁRIA COMO FORNECEDORA DE PRODUTOS E SERVIÇOS – ADIn 2.591.....	22
3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS.....	25
3.2.1 CONTRATOS BANCÁRIOS	25
3.2.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	27
3.2.3 POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS CONTRATOS.....	28
4 ENUNCIADO 381 DA SÚMULA DO STJ.....	31
4.1 APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 381 DA SÚMULA DO STJ.....	32
4.2 OS ARGUMENTOS TRAZIDOS NOS VOTOS DOS MINISTROS.....	35
4.2.1 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS AO ENUNCIADO DE SÚMULA.....	35
4.2.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO ENUNCIADO DE SÚMULA.....	38
4.3 DA INCONSISTÊNCIA DO ENUNCIADO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	40
5 CONCLUSÃO.....	44
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

As súmulas dos Tribunais Superiores têm papel importante em nosso sistema jurídico, pois são tidas como norte interpretativo para as decisões judiciais.

Além disso, é notória a existência de mecanismos processuais que impedem a apreciação de recursos que contrariam entendimentos sumulados. Destaque-se, ainda, a função didática das súmulas que orientam estudantes e operadores do Direito em geral. As súmulas, que não as vinculantes, representam fontes jurídicas não formais, trazendo como conteúdo interpretações relativas à lei e ao sistema jurídico como um todo.

O presente trabalho tem por objetivo analisar de forma crítica o enunciado 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, publicado em 5 de maio de 2009, com a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Dessa forma, nos termos do entendimento do Tribunal Superior, cabe à parte requerer e demonstrar claramente a abusividade das cláusulas contratuais, pois o juiz não poderá agir de ofício.

O impacto que a edição do referido verbete sumular representa no mundo jurídico diz respeito a aparente afronta à Constituição Federal, bem como à legislação infraconstitucional, leia-se Código de Defesa do Consumidor e Código Civil.

Além disso, a edição do referido enunciado de súmula é impactante diante do grande volume de contratos bancários que envolvem o consumidor. Sujeito este que não detém o mesmo conhecimento informacional, técnico e jurídico das instituições financeiras.

Importa destacar que segundo o Ministério da Justiça, a partir de dados obtidos pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC, em uma simulação feita em todos os estados brasileiros, as reclamações de consumidores em relação aos assuntos ligados às instituições financeiras representam mais de 30% do total de reclamações, sendo mais expressivos os dados nos estados mais pobres, como no Amapá, onde o percentual alcança 47,91% do total¹.

¹BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor - SINDEC, disponível em < <http://portal.mj.gov.br/SindecNacional/>>, acesso em 14 abr 2016.

Portanto, são os contratos de natureza bancária os que causam maiores dissabores à sociedade de consumo, justamente pela abusividade das cláusulas. Proibir o magistrado de conhecer de ofício das abusividades das cláusulas contratuais é o mesmo que deixar em grande desvantagem milhões de consumidores, o que, obviamente, vai contra a lógica do sistema – que é justamente a proteção desses sujeitos vulneráveis.

Assim, é possível perceber o imenso impacto negativo do referido enunciado de súmula na tutela do consumidor contratante, na medida em que os problemas relacionados às relações contratuais de natureza bancária ocupam destaque substancial na vida dos brasileiros e também na economia do país, onde o crédito tomado de instituições bancárias representa um dos pilares da economia e do acesso aos bens de consumo.

Em outras palavras, proibir o magistrado de conhecer de ofício a abusividade das cláusulas nos contratos bancários, além de ser medida que afronta o ordenamento jurídico vigente no Brasil, atinge e ainda pode atingir negativamente uma quantidade expressiva de pessoas.

Para a realização deste estudo monográfico foram analisados legislações, doutrinas, artigos e jurisprudência referentes ao tema.

No primeiro capítulo, será realizada uma breve abordagem ao Código de Defesa do Consumidor, na qual serão tratados princípios e direitos básicos do consumidor, trazendo elementos de sua vulnerabilidade nas relações econômicas e o reconhecendo como o polo mais fraco de uma relação de consumo.

A relação de consumo é concretizada quando se verifica a presença de dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor, ambos efetuando transações de produtos ou serviços.

Com o intuito de esclarecer que entre uma instituição financeira e um cliente há uma relação jurídica de consumo, serão explicitados os conceitos dessas duas pessoas, fornecedor e consumidor, indispensáveis para a existência da dita relação e também os conceitos de produtos e serviços.

No segundo capítulo, eventuais dúvidas acerca da incidência do CDC às atividades bancárias serão sanadas. Para tanto, será analisada a ação direta de inconstitucionalidade que tinha como principal objetivo retirar as instituições bancárias do campo de incidência do CDC.

Não obstante o julgamento improcedente da referida ADIn, para enfatizar que o CDC alcança as instituições financeiras, foram analisados diversos dispositivos do CDC, pensamentos doutrinários, jurisprudência e inclusive entendimentos do próprio STJ que corroboram este entendimento, como, por exemplo, o enunciado 297 da Súmula do Tribunal Superior, cujo teor é: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

Ainda no segundo capítulo será abordado o tipo de contrato que é mais utilizado pelas instituições financeiras – contratos de adesão - e as consequências destes possuírem, em seu conteúdo, cláusulas abusivas.

No último capítulo, far-se-á uma breve análise do Recurso Especial 1.061.530 – RS, cujo julgamento precedeu a edição do enunciado ora em estudo. Em seguida, serão expostos os argumentos dos Ministros que votaram a favor e contra a possibilidade de revisão de ofício dos magistrados no que se refere às cláusulas abusivas nos contratos bancários.

Por fim, no subcapítulo que trata “da inconsistência do enunciado frente ao ordenamento jurídico brasileiro”, serão explorados outros argumentos contrários ao enunciado de súmula, oportunidade em que um por um dos argumentos favoráveis ao verbete sumular foram rebatidos.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o crescimento da sociedade de consumo e a preocupação do Estado brasileiro em proporcionar uma proteção mais efetiva ao consumidor, foi promulgado, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, sendo que sua vigência é datada do dia 13 de março de 1991.

A Lei 8.079/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, tem como principal objetivo proteger os direitos individuais e coletivos dos consumidores.

O Estado, valendo-se da sua posição intervencionista, demonstrou preocupação com a vulnerabilidade do consumidor nas relações econômicas e o reconheceu como a parte mais fraca de uma relação de consumo.

O CDC é uma pequena codificação especial, melhor dizendo, é um microssistema jurídico. Claudia Lima Marques explica:

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de *função social*, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presentes no caso), como claramente especifica seu art. 1º, tendo em vista a origem constitucional desta lei². [...] Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microssistema, para o descrever.

A presença de normas de ordem pública e de interesse social confere ao CDC um caráter vinculante e não dispositivo. Vinculante porque se aplica a toda a sociedade e não dispositivo porque não há margem para a escolha de se aplicar ou não a norma ao caso concreto. Ou seja, se faz obrigatória a aplicação de suas normas ao caso concreto.

Em respeito ao assunto, Luiz Otávio de Oliveira Amaral leciona que:

Normas jurídicas de ordem pública traduzem um mínimo de exigência considerado essencial para uma vida social ética e conveniente. Já norma jurídica de interesse social significa regras cuja incidência atinge a todos os membros da sociedade, do grupo social, de modo direto/pessoal (ainda que não isoladamente, porque difuso) e positivo/efetivo (afeta a todos ainda que só no aspecto íntimo). Assim, a violação das normas do CDC atinge a cada

² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56 e 57.

um e a todos os consumidores difusamente e, individualmente ao lesado *in concreto*³.

Claudia Lima Marques complementa afirmando que as normas de ordem pública são normas de direito privado, mas de forte interesse público, por isso possuem as características de serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos.⁴

A doutrinadora entende que o Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu artigo 1º, ao dispor que suas normas se dirigem à proteção prioritária dos consumidores, e que se constituem em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto, pela vontade individual.⁵

Nesta linha, este trabalho monográfico questiona a legalidade do enunciado 381 da Sumula do STJ, que dispõe ser vedado ao juiz conhecer de ofício a abusividade das cláusulas nos contratos bancários. O CDC, conforme veremos mais detalhadamente adiante, proíbe terminantemente a inserção de cláusulas abusivas nos contratos. Ora, sendo o CDC uma lei de caráter vinculante que possui normas jurídicas de ordem pública, faz-se necessária a sua aplicação ao caso concreto.

2.1 Princípios relacionados à relação de consumo

Os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor são verdadeiros guias para a correta aplicação e interpretação de suas normas. Faz-se absolutamente indispensável a completa compreensão dos princípios que sustentam todo o instituto do contrato, já que ocorrendo violação aos princípios toda construção do instituto erguido estará comprometida, ensejando a revisão judicial – acarretando anulações ou declarações de nulidade.

A localização dos princípios logo no início do Código facilita a compreensão e a adequação ao caso concreto. A vulnerabilidade, a boa fé, a ampla informação, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos são alguns dos princípios elencados ao longo do CDC.

³ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoé. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoé. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

De nada adianta se discutir a forma, a classificação, a prestação, a contraprestação, quando um ou mais princípios foram contrariados. Já que sendo o alicerce de todo o direito contratual deve-se, em primeiro lugar, prezar pela sua observância.

O princípio da vulnerabilidade disposto no art. 4º, I, do CDC⁶ tem sua origem no princípio da isonomia, vez que os desiguais são tratados desigualmente, no caso, os consumidores. Explica-se: em uma relação de consumo, o consumidor é tratado de forma diferente do fornecedor. Nesse caso, fala-se em uma desigualdade, justamente pelo fato do fornecedor ser, em regra, o polo mais forte da relação. Deste princípio decorrem os demais.

Luiz Otavio Amaral elenca alguns motivos pelos quais o consumidor é, de fato, o polo mais fraco de uma relação consumerista:

Ele não detém as informações acerca do produto ou serviço que adquire, não conhece as implicações econômico-financeiras nem as técnico-jurídicas de um contrato e está exposto à ação da publicidade enganosa e abusiva, não tem como repassar eventuais prejuízos, pois é o elo final da cadeia. Por tudo isso é de presumir a vulnerabilidade do consumidor, assim ele não carece provar essa debilidade posto que atributo natural e universal dele⁷.

O princípio do dever governamental previsto nos incisos II, VI e VII do art. 4º do CDC prescreve que o Estado deve disponibilizar meios eficazes, como as leis, capazes de proteger o consumidor nas relações econômicas. Ou seja, a intervenção do Estado na pacificação de conflitos decorrentes da relação de consumo é indispensável na medida em que houver a necessidade de se proteger o lado mais fraco da relação de consumo.

O princípio da garantia de adequação prescreve que os bens e serviços oferecidos ao consumidor devem estar adequados à segurança/qualidade. Traduz-se no dever do fornecedor, no momento em que coloca bens e serviços a disposição do consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva, na concepção de Carlos Roberto Gonçalves, “[...] se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral

⁶ CDC, art. 4º, I: “ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁷ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa fé nas suas relações recíprocas⁸.” No CDC, ele está presente no inciso III do art. 4º⁹. As relações de consumo devem ser pautadas na boa fé objetiva entre fornecedor e consumidor, estabelecendo-se um equilíbrio.

A respeito do tema, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves lecionam que “a boa fé objetiva traz a ideia de equilíbrio negocial, que na ótica do Direito do Consumidor, deve ser mantido em todos os momentos pelos quais passa o negócio jurídico¹⁰.”

Leonardo Roscoé Bessa discorre que:

A boa-fé diz respeito ao exame objetivo e geral da conduta do sujeito em *todas* as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), servindo, a partir de suas funções, como parâmetro de interpretação dos contratos, identificação de abuso de direito e criação de deveres anexos¹¹.

O princípio da ampla informação diz respeito à divulgação -clara e adequada - de informações pertinentes para o consumidor sobre produtos, serviços, direitos e deveres cabíveis a este. Constitui um dever do fornecedor prestar essas informações em respeito à liberdade negocial, à transparência e à confiança, coibindo abusos e fraudes que possam ser cometidos.

O princípio do estudo constante das modificações do mercado de consumo impõe ao Estado a atualização constante de normas que conferem proteção ao consumidor, adequando-se às mudanças sofridas ao longo do tempo.

A racionalização e melhoria dos serviços públicos é o princípio que orienta a melhoria na qualidade de fornecimento de serviços prestados pelo Estado. O CDC, além de regular as relações de consumo privadas, também impõe ao Estado – enquanto fornecedor de serviços ou produtos - o dever de prestar o serviço com qualidade e eficiência, respeitando-se a condição vulnerável do consumidor.

⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 35.

⁹CDC, art. 4º, III: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

¹⁰TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012, p. 35.

¹¹BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 356.

O princípio da interpretação mais favorável ao consumidor parte do pressuposto que o consumidor é o polo mais fraco da relação de consumo. De acordo com Nelson Nery Junior, o Código criou novas regras de interpretação dos contratos de consumo, determinando que se faça sempre de modo mais favorável ao consumidor.¹²

Importante, ressaltar, ainda, que de acordo com o doutrinador, este princípio não atinge somente as normas imprecisas, obscuras e ambíguas dos contratos de consumo, e sim em todo o conteúdo do contrato, harmonizando-o com os princípios básicos do CDC, por sua vez, fundamentados na CF de 1988.¹³

2.2 Direitos Básicos da relação de consumo

O CDC é um marco no ordenamento jurídico brasileiro em se tratando do reconhecimento de direitos básicos ao consumidor. Isto porque se estabeleceu no Brasil um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas, especialmente com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações econômicas.

A partir do referido reconhecimento, direitos básicos foram conferidos aos consumidores. O rol desses direitos está disposto no art. 6º do CDC¹⁴. Ressalte-se que este rol é apenas exemplificativo, podendo o legislador, o juiz ou o intérprete ampliar a esfera de direitos quando julgar necessário.

¹² JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto**. 8.ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 542.

¹³Ibid, p.545

¹⁴CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Dentre os direitos previstos no art. 6º do CDC, cumpre evidenciar o disposto nos incisos IV e V, em que há uma proteção ao consumidor contra práticas e cláusulas abusivas e que assegura ao consumidor a possibilidade de revisar e modificar substancialmente o contrato, em caso de onerosidade excessiva¹⁵ ou fatos supervenientes¹⁶, alheios à vontade das partes. Senão, vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Percebe-se, portanto, que a criação do Código de Defesa do Consumidor consagrou um momento único para a defesa do consumidor, por ter reconhecido sua vulnerabilidade e sua hipossuficiência, além de partir da premissa de que o consumidor é a parte menos privilegiada da relação de consumo e, por este motivo, necessita de uma proteção maior.

2.3 Relação jurídica de consumo

A relação de consumo é concretizada quando se verifica a presença de dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor, ambos efetuando transações de produtos ou serviços.¹⁷

Por meio deste conceito, nota-se que a relação de consumo é composta por dois elementos principais, o subjetivo e o objetivo.

Com o intuito de esclarecer que entre uma instituição financeira e um cliente há uma relação jurídica de consumo, serão explicitados os conceitos dessas duas pessoas, fornecedor e consumidor, indispensáveis para a existência da dita relação e também os conceitos de produtos e serviços.

Sabe-se que a vida em sociedade é marcada por relações. Em razão da importância e do grau de complexidade, algumas relações são alçadas à categoria jurídica, como por exemplo, as relações de consumo. Sendo assim, na ótica dos autores Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, “as relações relevantes à

¹⁵ A onerosidade excessiva é caracterizada como sendo uma desproporção econômica posterior a formação do contrato, prejudicial ao consumidor, na maioria das vezes.

¹⁶ Fatos supervenientes são acontecimentos posteriores a formação do contrato, alheios à vontade das partes.

¹⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. Ed. Jus Podivm, 6. ed. 2012. p. 11 a 42.

sociedade são erigidas à condição de relações jurídicas, dado que servirão como paradigma de conduta para todos os integrantes do grupo social¹⁸.”

Desta feita, tem-se que a relação de consumo é uma relação jurídica. Nos próximos tópicos, serão analisados os elementos da relação jurídica de consumo, tais como consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

2.4 Consumidor

Uma das preocupações do legislador responsável pela edição da Lei 8.078/1990 foi a de delimitar o conceito de consumidor. Entretanto, diante da dificuldade em se elaborar um conceito único, que se encaixe em todas as situações, a Lei 8.078/1990 conceituou o consumidor, essencialmente, no art. 2º, *caput* e parágrafo único¹⁹, conceituação esta que foi complementada pelos arts. 17 e 29²⁰.

2.4.1 Conceito de consumidor

Pode-se afirmar que o conceito de consumidor está presente em três dispositivos do CDC: arts. 2º, 17 e 29. No *caput* do art. 2º, o legislador define o consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

José Geraldo Brito Filomeno²¹ conceitua o consumidor sob três pontos de vista: econômico, psicológico e sociológico. Do ponto de vista econômico, o consumidor é considerado apenas como um “partícipe de uma dada relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política, social ou mesmo filosófico-ideológica”.

¹⁸ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos e contratos atuais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

¹⁹ CDC: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

²⁰ CDC: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. CDC: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

²¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24 e 25.

Sob o ponto de vista psicológico, estuda-se as circunstâncias de ordem subjetiva que levam um indivíduo ou grupo de indivíduos a consumirem um produto ou serviço específico. Essas questões exercem papel determinante para a ciência do marketing e da publicidade, já que analisam as reações e motivações internas do consumidor.

Do ponto de vista sociológico, Filomeno diz que:

[...] é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de determinados bens e serviços, mas enquanto pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí a ligação entre o chamado “movimento trabalhista” ou ainda “sindicalista” e o “movimento consumerista”, uma vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio poder aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade. Nesse particular têm grande importância as pesquisas efetuadas pelo PROCON, por exemplo, em termos de evolução dos preços da chamada “cesta básica”, bem como do DIEESE²².

No conceito do art. 2º, existem dois sujeitos que podem figurar no polo do consumidor: pessoa física ou jurídica. Normalmente, o consumidor pessoa física é o mais fácil de identificar.

O parágrafo único do art. 2º do CDC diz que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. A conceituação presente neste artigo protege o grupo de pessoas que, por ventura, possam vir a ser afetadas por alguma relação de consumo.

Ou seja, o parágrafo único do art. 2º amplia a definição dada no *caput*, equiparando-se a ele a coletividade de pessoas, ainda que não possam ser identificadas e desde que tenham, de alguma forma, participado da relação de consumo²³.

O art. 17, pertencente à Seção II, que trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço do CDC²⁴, traz a seguinte redação: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. O

²² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24 e 25.

²³ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

²⁴ A Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço é a decorrente de um vício de qualidade que contamina o produto ou o serviço e frustra o consumidor. Este vício pode ocasionar ao consumidor riscos à sua segurança e a de terceiros ou simplesmente possuir um defeito que impossibilite o uso ou a fruição adequada.

propósito deste dispositivo é proteger as vítimas de acidentes de consumo²⁵, mesmo que elas não tenham sido consumidoras diretas.

Finalmente, a redação do art. 29 do CDC, inserido no Capítulo V, que trata das práticas comerciais, dispõe que “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Ou seja, o referido dispositivo estabelece que todas as pessoas expostas às práticas comerciais, ainda que não se possa identifica-las, são equiparadas a consumidores.

2.4.2A figura do destinatário final

A expressão destinatário final é utilizada para designar o consumidor que utiliza produtos e serviços com o objetivo de satisfazer suas próprias necessidades, sem qualquer ligação com atividade comercial. Ou seja, toda pessoa que adquirir bens ou serviços para uso pessoal ou profissional é considerada consumidora, excluindo-se as hipóteses de uso para fins diversos, como por exemplo, atividade comercial.

O uso profissional é aquele dirigido para a atividade meio, não tendo um cunho meramente comercial. É o caso, por exemplo, de um empresário que adquire computadores para viabilizar os seus negócios. Nessa situação, os computadores, considerados em si mesmos, não são direcionados para a finalidade da empresa, qual seja, o lucro, e sim um meio para que se atinja essa finalidade. Dessa forma, o empresário é considerado consumidor e protegido pelas normas consumeristas.

Evidentemente, se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor²⁶.

Para entender e interpretar o conceito de consumidor existem duas correntes doutrinárias: a corrente finalista e a corrente maximalista.

²⁵ Acidentes de consumo são “ocasionados por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Referidos defeitos acarretam para o fornecedor a obrigação de indenizar, independentemente de culpa. A isto se chama de responsabilidade objetiva, conforme estatuído nos arts. 12, 13 e 14 do Código do Consumidor.” FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28 e 29.

²⁶ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118

A corrente finalista entende que o Código de Defesa do Consumidor foi criado unicamente para proteger o sujeito vulnerável da relação de consumo: o consumidor. Esta corrente propõe uma interpretação mais restrita e delimitada do conceito previsto no art. 2º, *caput*, do CDC. Neste caso, o destinatário final seria apenas aquele consumidor que adquire produtos ou usufrui de serviços, desconsiderando o sujeito que o faz para revender ou para uso profissional. O uso profissional, neste caso, diz respeito a produtos e serviços que são empregados na atividade fim do negócio, ou seja, geração de lucros.

Para esta corrente, a qual se filia Claudia Lima Marques, o destinatário final é:

[...] aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. [...] ²⁷

A corrente maximalista defende a ideia de que o conceito contido no art. 2º deve ser interpretado de maneira ampla e extensa, englobando todos os agentes do mercado de consumo e levando em consideração a dinamicidade dessas relações, onde ora o consumidor pode ser pessoa física, ora jurídica, desde que seja destinatário final.

Diferente da corrente finalista, a maximalista entende que o CDC foi criado para regular as relações de consumo de maneira geral, sem proteger especificamente o consumidor, sendo um conjunto de normas e princípios que se aplica a todos os envolvidos em uma relação de consumo. O problema neste entendimento reside no fato de que o CDC seria mais direcionado ao direito privado, não se importando com a situação dos consumidores.

O ordenamento jurídico e a jurisprudência brasileira se coadunam com a corrente finalista. Isso porque uma interpretação irrestrita e ampla do conceito de

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93 e 94.

consumidor desrespeitaria o espírito de proteção que o CDC proporciona ao vulnerável.

Dessa forma, o termo destinatário final está intimamente ligado ao ciclo de produção. Ou seja, quando o indivíduo adquire ou utiliza o produto ou serviço para si mesmo ele é considerado consumidor. Mas, se a aquisição ou utilização estiver relacionada ao emprego do bem ou serviço em uma das fases da cadeia de produção, não se pode considerar o indivíduo como consumidor, e sim como fornecedor.

2.5 Fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor assim define fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Diferente do objetivo traçado para conceituar o consumidor, o legislador procurou conceituar o fornecedor de forma abrangente, englobando todos aqueles que participem da colocação de produto e/ou serviço no mercado de consumo.

Percebe-se que o objetivo do legislador foi ampliar ao máximo a proteção do consumidor, visto que o conceito estabelecido do art. 3º do CDC pode ser aplicado a praticamente todas as pessoas que pratiquem atos de produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar produtos e prestar serviços.

Com efeito, “qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça atividade de fornecimento de produtos e serviços, no mercado de consumo, habitual ou profissionalmente.”²⁸

Leonardo Roscoé Bessa complementa destacando que o Código de Defesa do Consumidor não exige, para configuração do fornecedor, a atuação no

²⁸ LISBOA, Roberto Senise. **A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 12.

mercado visando o lucro. Basta, para tanto, que a atividade exercida seja remunerada, independente do destino desta.²⁹

Portanto, não entram no rol de fornecedores aqueles sujeitos que prestam serviços de forma gratuita ou por força de um contrato de trabalho.

2.6 Produto e serviço

O produto é um dos elementos objetivos da relação de consumo e o §1º do art. 3º do CDC o conceitua da seguinte forma: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Observa-se que a classificação utilizada para definir bem móvel e imóvel é a mesma prevista nos artigos 79 e 84 do Código Civil Brasileiro.

Bens móveis são aqueles “bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”, conforme o artigo 82 do Código Civil. O artigo 79 do Código Civil conceitua que os bens imóveis são o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Quanto à classificação de bem material ou imaterial, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves discorrem:

O produto pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Como ilustração do primeiro, vejam-se as hipóteses agora há pouco mencionadas, de aquisição do veículo e do apartamento. Como bem imaterial, destaque-se o exemplo do *lazer*, que envolve uma plêiade de situações contemporâneas³⁰.

Dessa maneira, o bem material é aquele tangível, enquanto o imaterial é intangível.

Assim como o produto, o serviço também é classificado como elemento objetivo da relação de consumo. Sua definição encontra-se no §2º do artigo 3º do CDC: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

²⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 82.

³⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012, p. 84.

Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno: “Aqui o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor e prestada por um fornecedor determinado, num facere (fazer)³¹.”

Percebe-se, pela análise do dispositivo acima mencionado, que o CDC abrange os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Todavia, as instituições financeiras lutaram para provar que os serviços oferecidos não podiam ser considerados como de consumo. Conforme se verá adiante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade que foi proposta com o intuito de excluir os bancos das relações de consumo foi julgada improcedente.

3 INSTITUIÇÃO BANCÁRIA COMO FORNECEDORA DE PRODUTOS E SERVIÇOS E CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS

No próximo item, será analisada a ação direta de inconstitucionalidade 2.591 - que tinha como principal objetivo retirar as instituições bancárias do campo de incidência do CDC - com o intuito de esclarecer que o STF confirmou que o CDC alcança as atividades bancárias, quando julgou improcedente a referida ADIn.

Mais adiante, será abordado o tipo de contrato que é mais utilizado pelas instituições financeiras – contratos de adesão - e as consequências destes possuírem, em seu conteúdo, cláusulas abusivas.

3.1 Instituição bancária como fornecedora de produtos e serviços: ADIN 2.591

Mesmo existindo a previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, em submeter as instituições financeiras às suas normas, muita discussão ocorreu envolvendo este tema.

Em 2001, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif³² ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 2.591 – cujo objetivo era a declaração de inconstitucionalidade da expressão

³¹FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 34.

³² A Confederação Nacional do Sistema Financeiro é composta pela Federação Nacional dos Bancos, a Federação Nacional das Empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, a Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimentos, e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização.

“inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, disposta no art. 3º, §2º, da Lei 8.078/1990. No polo passivo, o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Mesmo após o julgamento da referida ADIn, a qual foi julgada improcedente, muitas instituições bancárias insistem em contradizer a norma consumerista utilizando como argumento, no caso de concessão de crédito, “[...] o de que o dinheiro volta às mãos do fornecedor, pois é um crédito concedido”³³, não sendo possível enquadrar este tipo de serviço como elemento de uma relação de consumo.

A propositura da referida ADIn tinha como objetivo principal retirar as instituições bancárias do campo de incidência do CDC. Diante disso, estariam excluídas da égide da lei consumerista as seguintes atividades: cadernetas de poupança, depósitos bancários, contratos de mútuos, cartões de crédito, contratos de seguro, abertura de crédito e todas as operações bancárias, ativas e passivas.

Para a CONSIF, a disposição “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” contida no §2º do art. 3º do CDC é considerada inconstitucional e deveria ser excluída do CDC. De acordo com a Confederação, normas relacionadas à imposição de encargos e obrigações ao Sistema Financeiro Nacional deveriam ser criadas por meio de lei complementar, em obediência à Constituição Federal. Logo, pelo fato de o CDC ser uma lei ordinária, não poderia dispor sobre normas desse assunto.

Entretanto, na oportunidade do julgamento da referida ADIn³⁴, o Ministro Eros Grau entendeu que a exigência de lei complementar, prevista no art. 192 da CF³⁵ seria apenas para regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro, podendo o CDC dispor sobre encargos e obrigações para onerar as instituições bancárias.

Segundo ele, a Constituição impõe a regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro por lei complementar. Quanto aos encargos e obrigações

³³ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos e contratos atuais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1**. Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. Julgado em: 07/06/2006.

³⁵ CF, Art. 192. “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

impostos pelo CDC às instituições financeiras, atinentes à prestação de seus serviços aos clientes, estes poderiam perfeitamente, como o foram, ser definidos por lei ordinária³⁶.

A sentença que julgou improcedente a ação em comento, apenas confirmou o entendimento do STJ, qual seja: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras³⁷”.

Da decisão que julgou improcedente a referida ação, foram opostos embargos de declaração pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amicicuriaes*.

Cumprе colacionar abaixo a ementa do julgamento dos Embargos de Declaração, pois esta resume bem o entendimento dos Ministros em relação ao alcance do CDC às instituições financeiras. Senão, vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amicuscuriae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicuscuriae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1**. Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. Julgado em: 07/06/2006.

³⁷ Enunciado 297 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. ³⁸

Dessa forma, os Ministros entenderam que o CDC deve ser aplicado às relações de consumo que contemplam as atividades desenvolvidas pelas instituições bancárias e que a expressão impugnada pelo requerente não ofende e nem viola a competência do Sistema Financeiro, porquanto o CDC busca apenas atuação transparente, equilíbrio econômico e contratual, publicidades verídicas, enfim, condutas pautadas na boa-fé objetiva.

Portanto, atualmente, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência, é cabal a plena aplicação do CDC aos contratos bancários.

3.2 Cláusulas abusivas em contratos bancários

Revela-se importante conceituar contratos bancários, cláusulas abusivas e explorar a possibilidade de revisão dos contratos quando estes estiverem envolvidos de abusos.

3.2.1 Contratos bancários

A definição de contrato bancário é de extrema importância, pois o objeto deste trabalho é o questionamento da possibilidade de declaração de ofício da abusividade de cláusulas nestes instrumentos contratuais.

Celso Marcelo de Oliveira conceitua os contratos bancários:

São negócios jurídicos que, além da relação entre o prestador de serviços (Banco) e o consumidor, caracterizam-se pelas regulamentações advindas do Banco Central do Brasil, para cada um dos tipos contratuais permitidos às instituições financeiras (Lei nº 4.595/64)³⁹.

Atualmente, para viabilizar os serviços bancários, as instituições financeiras têm se utilizado de contratos de adesão, que são instrumentos padronizados.

³⁸ADI 2591 ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13-04-2007.

³⁹OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos bancários e o código de defesa do consumidor**: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.591. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 180 e 181.

Segundo o CDC, “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo⁴⁰.”

O contrato de adesão possui a característica marcante de não permitir a discussão entre consumidor e fornecedor acerca das cláusulas. Em razão disso, pode a instituição bancária elaborar um contrato cheio de cláusulas que oneram e prejudicam o consumidor, sendo que este não pode opinar sobre a legalidade delas, a não ser que se recuse a assinar o contrato ou opte pela revisão contratual, buscando a anulação das cláusulas abusivas.

Dessa forma, o contrato de adesão favorece, em regra, o fornecedor.

Neste sentido, não há quem discorde da superioridade das instituições financeiras nas relações contratuais. Sobre o assunto, Sérgio Carlos Covello observa que na contratação bancária, o Banco é sempre o mais forte, por sua solidez econômica e pela própria atividade que exerce. Deixar o banco agir livremente é o mesmo que permitir a exploração do mais fraco⁴¹.

Conforme já foi explicitado no tópico referente à ADIn 2.591, não há mais dúvidas em relação à aplicação do CDC aos contratos bancários. A redação do enunciado 297 da Súmula do STJ é clara ao dispor que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Ora, é nítido que nos contratos de adesão utilizados pelas instituições financeiras surge, com mais evidencia, a desigualdade de forças e vulnerabilidade do usuário⁴².

Dessa forma, se o CDC é uma norma de ordem pública e interesse social que surgiu para conferir e reconhecer os direitos dos consumidores, não é no mínimo razoável que suas normas sejam então aplicadas aos casos em que o consumidor é ainda mais vulnerável em razão das circunstâncias já expostas?

Pois então, no caso em que forem inseridas cláusulas abusivas nos contratos bancários, tendo o magistrado conhecimento das mesmas, não é razoável que ele as possa reconhecer de ofício?

⁴⁰CDC, art. 54.

⁴¹ COVELLO, Sérgio Carlos, **Contratos bancários**. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2000. P. 56.

⁴²STJ, REsp 57.974, Ministro Ruy Rosado Aguiar. DJU 29/5/1995.

No próximo tópico, serão analisadas as cláusulas abusivas e suas consequências no mundo jurídico, a fim de que seja possível responder positivamente às questões acima.

3.2.2 Cláusulas abusivas

Conforme já foi dito, os contratos de adesão estão mais propensos a conter cláusulas abusivas. Isso porque o sujeito que o redige detém o poder de inclusão e modificação das cláusulas, utilizando-se deste artifício em benefício próprio.

A Lei 8.078/1990 proíbe terminantemente a inserção de cláusulas abusivas nos contratos, sendo que essa proibição é um direito básico do consumidor, conforme reza o inciso IV do art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

O CDC prevê um rol exemplificativo de cláusulas abusivas no art. 51⁴³ e dispõe que estas são nulas de pleno direito.

⁴³ CDC. Art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o

As cláusulas abusivas foram tratadas de forma extremamente inteligente pelo CDC ao dispor que estas são nulas de pleno direito. Assim, evidente que as cláusulas abusivas presentes nos contratos já nascem com um vício insanável - sem efeitos no mundo jurídico - não havendo possibilidade de torná-las válidas, e por isso pode ser arguida sua nulidade em qualquer momento, ainda que sem o requerimento da parte interessada.

Sobre o tema Rizzatto Nunes dispõe que:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *extunc*, uma vez que nela se reconhece a nulidade existente desde o fechamento do negócio. E, aliás, dada a característica da nulidade e a contrariedade da cláusula abusiva à Lei n. 8.078, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício. Mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever do juiz declará-la por ato *ex officio*⁴⁴.

Percebe-se, portanto, que sendo as cláusulas abusivas nulas de plenos direito e o CDC norma de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício quando do conhecimento das referidas cláusulas nos contratos bancários, já que, como exposto, uma relação entre banco e cliente é uma relação jurídica de consumo.

Adiante, demonstrar-se-á a possibilidade de revisão contratual prevista pelo CDC quando surgirem causas que desequilibrem o contrato e coloquem o consumidor em uma situação de inferioridade em relação ao fornecedor, como as cláusulas abusivas.

3.2.3 Possibilidade de revisão dos contratos

A possibilidade de revisão contratual foi alçada ao patamar de direito básico do consumidor, estando previsto no inciso V do art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

⁴⁴ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 712 e 713.

Na fase de formação contratual, causas estranhas e alheias à vontade das partes podem tornar o contrato um instrumento excessivamente oneroso para a parte mais vulnerável, o consumidor.

Para tanto, o CDC prevê a possibilidade de modificação e revisão dos contratos. O que ficou acordado entre as partes deve ser baseado no equilíbrio, transparência, lealdade, boa-fé, entre outros princípios e em respeito ao disposto no *caput* do art. 4º e inciso III do CDC⁴⁵.

Entretanto, quando surgirem causas que desequilibrem o contrato e coloquem o consumidor em uma situação de inferioridade em relação ao fornecedor, como as cláusulas abusivas, desproporcionalidade das prestações e causas supervenientes que onerem excessivamente, faz-se necessário a revisão.

Apesar de as cláusulas abusivas serem nulas de pleno direito, a sua declaração de nulidade não invalida todo o instrumento contratual, conforme se depreende do §2º do art. 51. Este §2º consagra o princípio da conservação, que reza que o contrato de adesão firmado pelas partes continua tendo efeitos no mundo jurídico, sendo conservado, mesmo após a declaração de nulidade de cláusulas ditas abusivas. O efeito dessa declaração de nulidade é denominado *extunc*, ou seja, retroage a origem da situação, tendo em vista que por ser nula, a cláusula nunca produziu efeitos.

O papel do juiz é examinar o instrumento contratual como um todo, retirar as cláusulas nulas e integrar o restante delas, para restabelecer o equilíbrio e manter o contrato em vigor. A declaração de nulidade está restrita apenas à cláusula considerada abusiva, não contaminando a parte saudável do contrato. Após todo o procedimento, se o juiz constatar que mesmo com a retirada das cláusulas abusivas o contrato continuar desfavorecendo o consumidor, a solução cabível é a resolução do contrato.

⁴⁵ CDC. Art. 4º, *caput* e inciso III: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

As cláusulas abusivas podem ser caracterizadas como causas já existentes à época da formação contratual, porque ao redigir o contrato o fornecedor as insere e após isso é que o consumidor adere ao seu conteúdo ou não.

João Batista de Almeida entende dessa maneira:

Tais causas são ditas contemporâneas ou concomitantes à formação do contrato, porque já existem e contaminam a avença contratual desde o seu nascimento. O contrato já traz em seu conteúdo o germe que pode determinar a modificação por ordem judicial. São dessa natureza as cláusulas abusivas e as prestações desproporcionais⁴⁶.

A redação do §2º do art. 51 é a seguinte: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.” Ela é bem clara no sentido de que, a resolução do contrato é a última medida a ser tomada.

João Batista de Almeida complementa afirmando que em face da regra da conservação dos contratos, deve o juiz rever o contrato, integrando o pacto, de modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações.⁴⁷

Para compreender melhor o procedimento de revisão contratual, é necessária a explicação sobre a teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão é adotada pelo Código Civil e se baseia no fato de que à época da assinatura do contrato, as partes não possuíam conhecimento da superveniência de fatos que poderiam ocorrer e que causariam um desequilíbrio. Ou seja, a referida teoria tem aplicabilidade quando uma situação nova e extraordinária surgir no curso do contrato, colocando uma das partes em extrema dificuldade.

Assim, a nova situação extraordinária muda o contexto em que se celebrou o contrato, de modo que se uma das partes soubesse da possibilidade da ocorrência daquela situação não o teria celebrado.

Dessa forma, a alteração do contrato é imprescindível, em respeito ao equilíbrio, à boa-fé, entre outros princípios.

A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é bem mais simples do que a teoria da imprevisão do Código Civil. Isso porque caso

⁴⁶ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

⁴⁷Ibid., p. 178.

ocorreram fatos supervenientes que acarretem a onerosidade excessiva ou a desproporção das prestações para o consumidor, não importa saber se estas podiam ou não ter sido conhecidas ou até mesmo previstas no momento da elaboração do negócio. Basta apenas que se constate que após a assinatura, o contrato se tornou oneroso e/ou desproporcional para que este seja revisto.

O legislador ordinário se preocupou em não possibilitar ao consumidor a tomada de uma medida drástica, ou seja, a de rescindir o contrato unilateralmente, nos casos em que houver cláusulas abusivas, desproporção das prestações ou onerosidade excessiva.

Caso o CDC permitisse que o consumidor rescindisse o contrato, sem sequer tentar o mecanismo da revisão, tal atitude ofenderia o princípio da força obrigatória, fragilizando o instituto do contrato.

Humberto Theodoro Júnior entende dessa maneira:

[...] Em nome do princípio da boa-fé, o que se visou foi, antes de tudo, aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas. Somente em último caso, quando a eliminação da cláusula abusiva conduzir a uma total frustração da finalidade contratual, é que a intervenção judicial resultará, excepcionalmente, na ruptura ou desconstituição de todo o contrato (CDC, art. 51, §2º)⁴⁸.

Além das cláusulas abusivas, outras causas também podem ensejar a revisão contratual. Quando há desproporcionalidade das prestações contratuais, o consumidor tem o direito de modificação delas garantido. Outra hipótese é quando aparecem causas supervenientes à formação do contrato, tornando as prestações excessivamente onerosas para o consumidor.

Importante ressaltar que a revisão contratual no CDC é medida colocada à disposição do consumidor, podendo ser ou não deferida pelo juiz, que analisará cada caso concreto.

4 ENUNCIADO 381 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste capítulo será analisado – no tocante às disposições de ofício - o Recurso Especial que deu ensejo à edição do enunciado de súmula em comento.

⁴⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

Além disso, serão expostos os argumentos dos Ministros que votaram contra e a favor da possibilidade de declaração de ofício, pelo magistrado, das cláusulas abusivas em contratos bancários.

Por fim, serão explorados outros argumentos contrários ao verbete sumular, tendo como base principal o ordenamento jurídico vigente.

4.1 Aplicação do enunciado 381 da Súmula do STJ

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de súmula 381 em decorrência do Recurso Especial 1.061.530 – RS (2008/0119992-4). O referido recurso foi interposto pelo Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A em desfavor de Rosemari dos Santos Sanches contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A Relatora do REsp foi a Ministra Nancy Andrighi. O julgamento foi delimitado por cinco questões: juros remuneratórios; configuração da mora; juros moratórios; inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e disposições de ofício. Contudo, para fins de análise do presente trabalho, faz-se necessário discorrer apenas sobre as disposições de ofício.

O Recurso Especial decorreu de uma ação de revisão contratual ajuizada pela recorrida em razão de ter adquirido motocicleta por meio de um financiamento ofertado pela recorrente no valor de R\$ 4.980,00, que seria pago em 36 parcelas de R\$ 249,48.

Nesta ação, a recorrida pretendia o afastamento dos juros remuneratórios, da capitalização de juros, da cobrança da comissão de permanência e da inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes.

Conforme o relatório do Ministro Luis Felipe Salomão, os pedidos feitos pela recorrida na inicial foram os seguintes: antecipação da tutela, a fim de evitar que seu nome fosse inscrito em cadastro de inadimplentes, bem como para ficar em posse do bem objeto do financiamento até o encerramento da discussão judicial; depósito em juízo do valor incontroverso; apresentação do contrato pela empresa ré; fixação de juros em 12%; exclusão da capitalização; aplicação do código de defesa do consumidor; e declaração de nulidade de encargos contratuais considerados abusivos.

A antecipação de tutela foi concedida, no que tange à manutenção do bem - pois o valor incontroverso foi depositado em juízo -, e ao impedimento do nome negativado nos cadastros de proteção ao crédito.

A sentença reconheceu a abusividade da taxa de juros, que era de 2,5654%, reduzindo-a para 1% ao mês, substituiu a comissão de permanência pelo IGPM e determinou a capitalização anual dos juros, manteve os demais encargos contratuais e condenou a instituição a pagar as custas processuais e honorários advocatícios.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela instituição financeira, afastando, de ofício, a cobrança de certos encargos. Confira-se a ementa do julgado em questão:

AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. AUTORIZAÇÃO PARA DEPÓSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário. 2. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC. 3. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado. 4. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. Disposição de ofício. 5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária. 6. ENCARGOS MORATÓRIOS 6.1. Juros moratórios. Contemplados no contrato em 1% ao mês e mantidos, vedada a cumulação com juros remuneratórios e multa. 6.2. Multa Contratual. Contemplada no contrato à taxa de 2% e mantida. Deve incidir sobre a parcela efetivamente em atraso e não sobre a totalidade do débito. 6.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a mora debendi, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício. 7. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Após a compensação, e na eventualidade de sobejar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício. 8. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício. 9. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os

arts. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício. 10. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Além de atender interesse exclusivo do mutuante, essa cláusula contratual contraria o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa d sua finalidade e alcance. Disposição de ofício. 11. CADASTRO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. Discussão da dívida que revela probabilidade, ainda que mínima, de sucesso do devedor. Inveracidade de dados e constrangimento desnecessário vedados no CDC. 12. PROTESTO DO TÍTULO. Na medida em que o devedor possui argumentos que fragilizam o negócio subjacente, podendo ser excluídos juros e taxas consideradas abusivas, o protesto revela-se ato temerário e que somente virá em prejuízo do devedor, sem qualquer repercussão jurídica de monta para o credor. 13. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional. 14. AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITOS. É possível a autorização para depósito de valores que o autor entende devidos, enquanto pende de julgamento ação revisional de cláusulas contratuais. 15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redimensionados. Disposição de ofício. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.⁴⁹

Quando do julgamento do Recurso Especial, com relação à matéria “disposições de ofício”, objeto de interesse do presente trabalho, os votos da Ministra Relatora Nancy Andrichi e do Ministro Luis Felipe Salomão foram vencidos.

Os demais Ministros manifestaram o posicionamento de que o magistrado não pode fazer a revisão de ofício em relação às cláusulas abusivas em contratos bancários. Conforme se verifica do trecho extraído da ementa do acórdão que julgou o Recurso Especial em comento:

ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresse, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.⁵⁰

Curioso observar que foi utilizado como fundamento para a vedação aos magistrados julgar de ofício a abusividade das cláusulas o art. 51 do CDC.

Ora, o art. 51 do CDC estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que estabeleçam obrigações abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Ou seja, cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁴⁹Apelação Cível 70021397559, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 22/11/2007.

⁵⁰REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009

Em decorrência do julgamento do referido Recurso Especial, o STJ editou o enunciado 381 que determina que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

4.2 Os argumentos trazidos nos votos dos Ministros

Cabe expor quais as motivações dos Ministros quanto à possibilidade de revisão de ofício dos magistrados no que se refere às cláusulas abusivas nos contratos bancários.

4.2.1 Argumentos desfavoráveis ao enunciado de Súmula

A Ministra Relatora, Nancy Andrichi, deu provimento ao Recurso Especial no tocante à possibilidade de reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas. Sua justificativa para a permissão da revisão de ofício está presente na seguinte passagem de seu voto:

O CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º); portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que impelem o juiz a atuar de ofício. Além do mais, o CDC adotou a mesma teoria de nulidades que regula os contratos regidos pelo Código Civil, especificando os vícios que são causa de nulidade e que o juiz deve declarar de ofício. A abusividade, por exemplo, é disciplinada como vício de nulidade da cláusula do contrato – art. 51, IV, do CDC⁵¹.

A Ministra se preocupou em uniformizar o entendimento da matéria em benefício do consumidor. Para tanto, ela utilizou um exemplo em que relata a situação em que dois consumidores buscam o Poder Judiciário para que este reconheça a nulidade de uma cláusula abusiva, que é válida para os dois. A diferença é que um consumidor fez um pedido expresso para a anulação, enquanto o outro, por não possuir conhecimento suficiente, não pede a anulação expressamente. No segundo caso, de acordo com o enunciado de Súmula editado após o julgamento em questão, o juiz estaria impedido de conhecer a abusividade de ofício.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.061.530 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

Diante do exemplo indicado pela Ministra, ela indaga em seu voto: “Como explicar ao consumidor, leigo juridicamente, que determinada cláusula, apesar de abusiva, é válida para ele, mas não o é para o seu vizinho, em situação idêntica?”

Na defesa pela admissão da revisão de ofício, a Ministra Relatora se ateve mais aos aspectos processuais e aos desdobramentos possíveis diante da negativa do juiz em analisar substancialmente o contrato para que localize cláusulas abusivas.

Nesse sentido, a Ministra relatou quatro consequências graves, que prejudicam o bom desempenho do Poder Judiciário e ofendem o Código de Defesa do Consumidor.

A primeira consequência relatada diz respeito à valorização da formalidade da norma processual (que exige a formulação de pedido expresse) em detrimento do direito material (nulificação da cláusula abusiva). O impedimento para conhecer a abusividade das cláusulas, mesmo sem a formulação de um pedido expresse, movimenta a máquina judiciária inutilmente, pois outra ação será proposta, contribuindo para a morosidade da prestação jurisdicional.

A segunda consequência é a ofensa à literalidade do art. 51 do CDC⁵² cumulado com o parágrafo único do art. 168 do CC⁵³. Esses dispositivos tratam da

⁵² CDC: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o

abusividade e nulidade das cláusulas e autorizam o juiz a pronunciá-las quando delas tiver conhecimento.

A terceira consequência se refere ao despropósito e a descrença conferidos ao Poder Judiciário, em razão deste se posicionar e julgar de forma divergente no caso de situações idênticas.

A quarta e última consequência apontada pela Ministra é a inutilidade do procedimento aplicável aos recursos repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC⁵⁴, causando uma movimentação desnecessária de ações e recursos, o que prejudica a celeridade nos julgamentos.

Para a Ministra, a atuação de ofício é medida que deve ser autorizada, pois além de proteger o consumidor, contribui para a reputação e confiança depositada por este indivíduo no Poder Judiciário.

Seguindo o entendimento da Relatora, o Ministro Luís Felipe Salomão proferiu voto-vista, embora tenha utilizado uma fundamentação diferente para defender que o magistrado deve reconhecer a abusividade das cláusulas de ofício.

Nesse sentido, o Ministro admite que a declaração de ofício das cláusulas abusivas pelo julgador é imprescindível quando a relação tiver como parte o consumidor hipossuficiente.

Para corroborar o seu entendimento, o Ministro transcreveu algumas decisões das Turmas pertencentes à Segunda Seção que admitiam a revisão de ofício.

Segundo o Ministro, é possível que o juiz reconheça de ofício as cláusulas abusivas. Todavia, o Ministro defende a ideia de que reconhecimento de ofício é

disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

⁵³ CC: Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

⁵⁴ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

medida extrema, aplicável apenas em casos específicos, em que o consumidor esteja comprovadamente em situação de hipossuficiência⁵⁵.

Para ele, todo consumidor é vulnerável, porém nem todos são hipossuficientes, conforme se extrai de trecho do seu voto:

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou o serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com esse dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitam da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoé. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220).

Em outras palavras, embora o Ministro tenha reconhecido a possibilidade de declaração da abusividade das cláusulas em contratos bancários, estabeleceu que tal medida seria extrema e condicionada à constatação de que no caso concreto o consumidor além de vulnerável é hipossuficiente.

Dessa forma, o Ministro acompanhou o voto da Ministra Relatora, havendo divergência apenas nos fundamentos utilizados para proferir cada voto.

4.2.2 Argumentos favoráveis ao enunciado de Súmula

O Ministro Aldir Passarinho Junior foi um dos que se manifestou favoravelmente a edição do enunciado 381 da Súmula do STJ. Além dele, convergiram para este entendimento os Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Fernando Mathias.

O Ministro Aldir Passarinho Junior argumentou que a ação deve ser julgada nos limites em que foi proposta pela parte, atinente a prestação jurisdicional que foi reclamada, observado os pedidos feitos expressamente na petição inicial.

⁵⁵ Ibidem.

Colaciona-se abaixo trecho do voto do Ministro, que corrobora esse entendimento:

[...] dizer que o contrato é abusivo, data venia, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão não tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz, vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contencioso que nem foi a pretensão da parte autora⁵⁶.

Compartilhando o mesmo entendimento do Ministro Aldir, o Ministro João Otávio Noronha defendeu a questão de que não pode haver a revisão de ofício das cláusulas contratuais nas instâncias ordinárias.

Para tanto, argumentou que o juiz não pode funcionar no processo como defensor de interesses das partes. Para isso, ele cita a criação das Defensorias Públicas, pela Constituição Federal, instituídas para a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, conforme prescreve o art. 134 da CF⁵⁷.

Abaixo segue transcrição de trecho do voto do Ministro João Otávio Noronha:

Sempre entendi que não cabe ao juiz distanciar-se de sua neutralidade na condução do processo; não deve ele advogar no sentido de defender interesse algum no processo. Se lhe é dado examinar amplamente as provas e até tomar a iniciativa de inverter o seu ônus de produção, isso não pode nos levar à conclusão de que o juiz protege o hipossuficiente. Não, o juiz não protege ninguém, é a lei que, na forma por ela taxativamente prevista, protege o hipossuficiente nas relações de consumo, mas nunca o juiz. A este cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos a norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso⁵⁸.

Na visão do Ministro João Otávio, a proteção do consumidor tem sido largamente difundida no Judiciário. Ele deixa bem claro que o sistema protetivo é eficiente, mas não autoriza a parcialidade do magistrado no julgamento do processo, não podendo substituir a parte para pleitear um direito que ela mesma não o fez.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.061.530 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

⁵⁷ CF: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.061.530 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

O Ministro Carlos Fernando Mathias questionou se era mesmo necessária a mudança de um entendimento já sedimentado na Segunda Seção, qual seja, a violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*⁵⁹.

O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* prescreve que o Tribunal só poderá conhecer daquilo que a parte recorreu. Assim, na parte em que não houver impugnação, o Tribunal não pode manifestar-se, exceto sobre as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício, mesmo sem a manifestação das partes.

Cumpra-se uma observação no que diz respeito ao argumento acima exposto. Nele não há congruência, uma vez que o CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º) e, portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que autorizam o juiz a atuar de ofício. Ou seja, a exceção de que trata o Ministro é exatamente o caso em questão, cabendo, portanto, o conhecimento de ofício.

Adiante, analisar-se-á minuciosamente a inconsistência do verbete sumular frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 Da inconsistência do enunciado frente ao ordenamento jurídico brasileiro

Primeiramente, é necessário destacar que a Constituição Federal de 1988 declarou a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental (art. 5º, inciso XXXI⁶⁰) e um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso V⁶¹).

Para assegurar essa proteção, o Estado criou, com o intuito de harmonizar e equilibrar as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, que, diga-se de passagem, instituiu em todo seu diploma normas de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), dentre elas que são nulas de pleno direito as cláusulas consideradas abusivas (art. 51 do CDC).

⁵⁹REsp 645902 RS 2005/0027242-8, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 22.10.2007 p. 189.

⁶⁰Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁶¹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

As normas do CDC, por serem normas de ordem pública e interesse social, podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Significa dizer que não são atingidas pela preclusão e o juiz tem o dever de pronunciá-las de ofício.

Portanto, a abusividade das cláusulas contratuais, diante do caso concreto, deve ser conhecida de ofício tanto pelos magistrados de 1º grau quanto pelos órgãos colegiados dos Tribunais.

Vale ressaltar, que é entendimento do próprio Tribunal Superior declarar de ofício matérias de ordem pública, pois estas transcendem o interesse e se sobrepõem à vontade das partes. Neste sentido, colaciona-se, por oportuno, a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA SUSCITADA APENAS NOS SEGUNDOS EMBARGOS. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

1. Recurso especial de GH Informações Ltda. - Na impugnação ao cumprimento de sentença, somente será fixada verba honorária se houver acolhimento, ainda que parcial, das alegações. Se a impugnação for julgada improcedente como no caso concreto, não haverá condenação em honorários advocatícios. Posição consolidada na seara do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, no julgamento do REsp 1134186/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 21/10/2011.

2. Recurso especial da Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Sul - OAB/RS - Na instância ordinária, é cediço que matéria de ordem pública - correção monetária e respectivos expurgos - pode ser postulada a qualquer tempo e conhecida de ofício, o que possibilita seja debatida apenas nos segundos embargos, por não se submeter à preclusão.

3. Foi exatamente o que ocorreu na espécie, em que o Tribunal de origem, nos segundos declaratórios, determinou a inclusão dos expurgos inflacionários.

4. Recursos especiais não providos.⁶²

Deste modo, o conhecimento de ofício pelo magistrado não dá uma decisão extra ou ultra *petita*. Isso porque o ordenamento jurídico prevê o conhecimento de ofício pelo juiz ou Tribunal em matérias de ordem pública. Assim, não há razão para o juiz não decretar de ofício a nulidade das cláusulas contratuais abusivas.

⁶²REsp 1269351/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012

A decisão que pronuncia de ofício a abusividade das cláusulas constantes nos contratos consumeristas também não ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois nos recursos além de incidir o efeito devolutivo, em que são apreciadas as matérias suscitadas, pode ocorrer o efeito translativo⁶³.

Logo, é insustentável a alegação de que o Tribunal não pode conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas com base no princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois quando há matéria de ordem pública, incide o efeito translativo dos recursos.

O entendimento sumulado ainda afronta vários princípios norteadores das relações de consumo, como o princípio da função social, princípio da boa-fé objetiva, princípio da transparência, princípio da equidade, princípio da confiança e princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.

Ademais, há de se observar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições bancárias, conforme o enunciado 297 da Súmula do Tribunal Superior, editado maio de 2004, com a seguinte redação: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Outrossim, o verbete sumular afronta o equilíbrio dos três Poderes, pois o Poder Legislativo, com a incumbência de defender os consumidores, regulamentou o dever do magistrado reconhecer de ofício e a qualquer tempo a nulidade de cláusulas abusivas em todas os contratos de consumo, e o Poder Judiciário, mediante o STJ, reduziu essa garantia em relação aos contratos bancários, que, como visto, também são submetidos ao CDC.

Há um grande prejuízo para o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo, com a permanência do famigerado enunciado, pois é notória a existência de mecanismos processuais que impedem a apreciação de recursos que contrariam entendimentos sumulados.

Ainda que seja possível à parte lesada ingressar com um novo processo no judiciário para discutir tais cláusulas abusivas, isso não pode prevalecer, pois gera um grande prejuízo econômico para o consumidor ter que demandar uma nova ação, arcando com todas as dificuldades e pagamento de despesas processuais e

⁶³Ou seja, são submetidas ao juízo *ad quem*, por expressa disposição legal, questões conhecíveis de ofício, independentemente de requerimento da parte, não incidindo, nestes casos, a proibição de *reformatio in pejus*.

ainda contribui para a morosidade da prestação jurisdicional, como bem assentado pela Ministra Nancy Andrigli.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é a consagração da proteção ao consumidor no Brasil, pois antes de sua edição não existia nenhum instrumento normativo que oferecesse essa proteção de forma individualizada.

O Estado, valendo-se da sua posição intervencionista, demonstrou preocupação com a vulnerabilidade do consumidor nas relações econômicas e o reconheceu como a parte mais fraca de uma relação de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor decorre do fato de que ele não detém precisamente as informações acerca do produto ou serviço que adquire, estando exposto aos abusos de que podem se valer os fornecedores.

Dessa forma, com o intuito principal de proteger os direitos individuais e coletivos dos consumidores, a Lei 8.079/1990 instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor elenca, logo em seu início, os princípios que regem as relações de consumo. Princípios como a boa-fé objetiva, a vulnerabilidade e a transparência. Estes e outros decorrem do princípio da isonomia, que, por sua vez, sustenta a ideia de que em uma relação de consumo o consumidor deve ser tratado de forma diferente do fornecedor.

Com o passar do tempo, alguns debates surgiram, dentre eles se os bancos se enquadravam ou não como sujeitos de uma relação de consumo.

Em 2001, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 cujo objetivo principal era a declaração de inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, disposta no art. 3º, §2º, da Lei 8.078/1990. Ou seja, objetivava afastar a incidência do CDC às atividades bancárias.

Em 2006, a referida ação direta de inconstitucionalidade foi julgada improcedente, confirmando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado no enunciado de Súmula 297, de 2004, cujo teor é: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

Em 2009, foi publicado o enunciado 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Percebe-se, em tal contexto, um retrocesso no entendimento do próprio STJ. Isso porque é inconcebível que se conceda tal tutela aos bancos, justamente por serem os fornecedores de serviço que mais visam o lucro, e o fazem através de elevadas taxas de juros, criando os contratos de adesão mais onerosos e abusivos do mercado de consumo.

Em outras palavras, confere-se uma tutela aos causadores das maiores reclamações pelos consumidores no país, conforme dados obtidos pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC em uma simulação feita em todos os estados brasileiros.

Concretamente, o referido enunciado poderia ser interpretado assim: um banco e um correntista celebram um contrato bancário repleto de cláusulas abusivas, mas o correntista, ao levar o caso à apreciação do judiciário, precisa elencar e requerer a revisão de todas as cláusulas que considera abusivas, pois o Juiz não pode conhecê-las de ofício, embora possa até ter ciência da existência delas.

O enunciado 381 da Súmula do STJ representa um contrassenso jurídico, vez que o seu conteúdo é uma afronta à Constituição Federal e demais dispositivos infraconstitucionais.

Como visto, a Constituição Federal declarou a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental e como um dos princípios da ordem econômica. Justamente para assegurar essa proteção é que foi criado o Código de Defesa do Consumidor.

Ora, o art. 1º do CDC é expresso ao prever que a lei consumerista é norma de ordem pública e interesse social, nos termos da proteção que consta do Texto Maior.

As normas do CDC por serem normas de ordem pública e interesse social podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Significa dizer que não são atingidas pela preclusão e o juiz tem o dever de pronunciá-las de ofício.

O art. 51 do CDC estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas abusivas.

No mesmo sentido, o CC/2002 preconiza, no seu art. 168, parágrafo único, que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo

permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.” Sabe-se que a norma privada não só pode como deve ser aplicada de forma subsidiária às relações de consumo.

Ademais, o CPC dispõe, no seu art. 6º, que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Tal dispositivo é a consagração do princípio da cooperação, segundo o qual o processo seria o produto da atividade entre o juiz e as partes.

Ou seja, a moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo.

Levando em consideração o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, os artigos 1º e 51 do CDC, o artigo 168 do Código Civil e o art. 6º do CPC, não há que se falar em proibição do reconhecimento de ofício de cláusulas abusivas, sejam elas em contratos bancários ou não.

Vale ressaltar, ainda, que o papel do juiz é examinar o instrumento contratual como um todo, retirar as cláusulas nulas e integrar o restante delas, para restabelecer o equilíbrio e manter o contrato em vigor. Engessar a atuação do magistrado, proibir que este decrete a abusividade das cláusulas quando delas tiver conhecimento, não é razoável, ainda mais em se tratando de normas de ordem pública e interesse social.

Cumprе destacar que a intervenção do Estado-juiz na defesa do consumidor não fere o princípio da igualdade, mas é a forma de realizá-lo, porque na relação de consumo, os sujeitos não são iguais, os consumidores são vulneráveis.

Dessa forma, a atuação de ofício é medida que deve ser autorizada, pois consagra a intenção do legislador quando da elaboração da Lei 8.078/1990, qual seja, proteger o consumidor.

Pelo exposto, indaga-se por que é que tal vedação constante no enunciado de súmula em estudo atinge somente os contratos bancários? Por que o STJ deu esse privilégio aos bancos, mesmo após reconhecer que as instituições financeiras se enquadram nas relações de consumo? Há um quê de proteção dos bancos em detrimento do consumidor, quando o sistema consagra justamente o contrário.

Finalmente, por todos os argumentos aqui expostos, deduz-se

juridicamente que, por contrariar a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e seus princípios e toda a lógica equânime do sistema jurídico, deve o multimencionado enunciado ser cancelado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Apelação n. 93741220088260438/SP. Relator: Leonel Costa. São Paulo. Julgado em: 28/6/2012. Diário da Justiça: 29/6/2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Lima Claudia; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoé. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 82.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos e contratos atuais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 15 set. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Enunciado 63**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-63/>>. Acesso em: 19 out. 2015.
DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 15ª. São Paulo: Atlas, 2011.

Embargos de divergência no REsp 645902/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF. Julgado em: 9/10/2007. Diário da Justiça: 1/2/2005.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor.** Ed. Jus Podium, 6. ed. 2012. p. 11 a 42.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto.** 8.ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 542.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 12.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno.** São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Tupinambá M. Castro, 1991, apud EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 3.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contratos bancários e o código de defesa do consumidor: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.591.** São Paulo: Lex Editora, 2006.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito constitucional sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta. **Teoria da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PLÁCIDO E SILVA, 1986 apud FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 655443/RS**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF. Julgado em: 5/4/2005. Diário da Justiça: 2/5/2005.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.061.530 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591-1**. Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. Julgado em: 7/6/2006.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 514479820088260114/SP**. Relator: Luiz Antonio Costa. São Paulo. Julgado em: 16/5/2012. Diário da Justiça: 18/5/2012.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão n. 8188570 PR 818857-0**. Relatora: Ivanise Maria Tratz Martins. Ponta Grossa. Julgado em: 15/2/2012.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível n. 72404 RN 2007.007240-4**. Relator: Des. Dilermando Mota. Rio Grande do Norte. Julgado em: 23/2/2010.

VIANA, Salomão. **É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?** Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em:
<http://www.bahianoticias.com.br/2011/imprime.php?tabela=justica_artigos&cod=3>. Acesso em: 19 out. 2015.